

**Sygnatura akt VI Ka 54/19**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **12 marca 2019** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Piotr Mika

Protokolant Natalia Skalik-Paś

po rozpoznaniu w dniu 5 marca 2019 r.

przy udziale Anny Arabskiej - Prokuratora Prokuratury Rejonowa w Z.

sprawy **G. P.** ur. (...) w O.

syna B. i M.

oskarżonego z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Zabrze

z dnia 11 października 2018 r. sygnatura akt II K 6/18

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 636§1 kpk w zw. z art. 113§1 kks

1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 w ten sposób, że z opisu czynu eliminuje naruszenie art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych;
2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;
3. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 1500 (jeden tysiąc pięćset) złotych.

**Sygn. akt VI Ka 54/19**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 11 października 2018 roku w sprawie o sygnaturze akt II K 6/18 Sąd Rejonowy w Zabrze uznał oskarżonego G. P. za winnego tego, że w dniu 22 lutego 2012 roku jako prezes spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. urządził w lokalu o nazwie Restauracja (...) mieszczącym się w Z. przy ul. (...) w celach komercyjnych gry hazardowe - gry losowe na urządzeniach elektronicznych do gier o nazwie (...) bez numeru oraz M. bez numeru wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych (art. 6 ust. 1. art. 14 ust. 1) tj. przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. i za to na mocy art. 107 § 1 k.k.s. skazał go na karę grzywny w wymiarze 150 stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki dziennej za równowartość 100 złotych. Na mocy art. 30 § 5 k.k.s. sąd orzekł przepadek ww. urządzeń elektronicznych oraz kwoty 70 złotych. Kosztami sądowymi obciążono oskarżonego.

Apelację od wyroku wywiódł obrońca oskarżonego, który zaskarżając orzeczenie w całości zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego w postaci naruszenia art. 10 § 4 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy oskarżony pozostała w usprawiedliwionym błędzie w odniesieniu do karalności swego czynu ze względu na występowanie istotnych rozbieżności w tym zakresie, bowiem wątpliwości w tym zakresie usunięto dopiero w treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 roku o sygn. I KZP 17/16 gdzie rozstrzygnięto ostatecznie kwestię odnoszącą się do przepisów art. 6 ust. 1 i 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w zakresie gier na automatach ograniczających możliwość ich prowadzenia jedynie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenia kasyna jako przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących społeczeństwa informacyjnego, a jeżeli tak to czy wobec faktu nienotyfikowania tych przepisów Komisji Europejskiej sądy karne w sprawach o przestępstwa skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. uprawnione są w oparciu o art. 91 ust. 3 Konstytucji do odmowy ich stosowania jako niezgodnych z prawem unijnym,

2. obrazę przepisów prawa materialnego w postaci naruszenia art. 107 § 1 k.k.s. poprzez błędne przyjęcie przez sąd meriti, iż oskarżony urządzał gry hazardowe wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, w sytuacji gdy oskarżony G. P. nie urządzał wskazanych gier, bowiem zgodnie z jego wyjaśnieniami na umowie najmu nie widnieje jego podpis, a sąd nie uwzględnił okoliczności, że umowa najmu nie została oskarżonemu okazana a na umowie nie znajduje się podpis G. P., a jedynie faksymilia,

3. obrazę przepisów prawa materialnego poprzez błędne zastosowanie art. 4 k.k. w zw. z art. 14 ustawy hazardowej a więc w odniesieniu do uregulowań o charakterze stricte administracyjnym w sytuacji gdy wskazany przepis powinien być stosowany do przepisów ustawy karnej zaś zmiana ustawy hazardowej nastąpiła w dniu 1 kwietnia 2017 roku, co doprowadziło do zastosowania wobec oskarżonego ustawy mniej korzystnej mając na uwadze treść ww. uchwały Sądu Najwyższego zgodnie z którą art. 14 ustawy hazardowej nie powinien być w ogóle zastosowany,

4. obrazę przepisów postępowania mająca wpływy na treść orzeczenia, tj. art. 4 k.p.k. oraz art. 5 § 2 k.p.k. przez naruszenie zasady obiektywizmu oraz zasady in dubio pro reo i uwzględnienie tylko okoliczności, które były niekorzystne dla oskarżonego oraz rozstrzygnięcie występujących w sprawie wątpliwości na jego niekorzyść przy pominięciu okoliczności dla niego korzystnych,

5. obrazę przepisów postępowania, która wpłynęła na treść orzeczenia w przedmiotowej sprawie, tj. art. 7 k.p.k. poprzez:

- błędną ocenę wyjaśnień oskarżonego i nieprzypisanie im waloru wiarygodności, gdy z wyjaśnień tych wynika, że nigdy nie był w Z., nie wie jak urządzenia znalazły się w lokalu, zaś w firmie występowały osoby wykazujące się dużą samodzielnością a nawet samowolą,

- pominięcie uwag obrońcy odnoszących się do braku kluczy serwisowych, co uniemożliwiało biegłemu normalne uruchomienie automatów do gry,

- dowolną ocenę opinii biegłego R. R. i przyjęcie na rozprawie poprzedzającej zamknięcie przewodu sądowego, że opinia jest spójna, logiczna i wyczerpująca, zatem stanowi ona wystarczający dowód w niniejszej sprawie, gdy biegły uruchomił automaty poprzez zwarcie przewodów elektrycznych, co mogło doprowadzić do wyciągnięcia błędnych wniosków odnoszących się do samego oprogramowania oraz charakteru gier hazardowych, przy równoczesnym pominięciu opinii biegłego B. przedłożonych przez obrońcę a dotyczących automatów tego samego typu, z której wynika, że w oprogramowaniu automatów występuje algorytm, a zatem ilość wyników jest skończona i przewidywalna i istnieje możliwość nauczenia się algorytmów, co sprawia, że gry nie mają charakteru losowego.

W oparciu o tak postawione zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzuczonego mu czynu wraz z zasądzeniem od Skarbu Państwa kosztów działania obrońcy w obu instancjach, ewentualnie uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja obrońcy okazała się zasadna jedynie w części dotyczącej zarzutu w jakim sformułowano naruszenie art. 4 § 1 k.k. i zakwestionowano uznanie przez sąd I instancji, że przypisany oskarżonemu czyn naruszył także art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Oczywistym jest, że co prawda art. 4 § 1 k.k. nie może mieć w sprawie zastosowania, skoro kwestię względności ustaw na gruncie Kodeksu karnego skarbowego reguluje art. 2 k.k.s., to jednak zważywszy na treść wyrażonej w nim normy w szczególności w art. 2 § 2 k.k.s. zgodnie z którym jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy, zarzut uznać należy za słuszny co do istoty. Zgodnie z w pełni aprobowanym przez sąd odwoławczy poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z dnia 19 stycznia 2017 roku w sprawie I KZP 17/16: „Kolizja prawa krajowego z prawem unijnym, w świetle zasady bezpośredniego stosowania prawa Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 Konstytucji), może prowadzić do zastąpienia przepisów krajowych uregulowaniami prawa unijnego albo do wyłączenia normy prawa krajowego przez bezpośrednio skuteczną normę prawa Unii Europejskiej. W konsekwencji norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej, wynikająca z dyrektywy 98/34/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21.07.1998 r., ze zm.), wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 612) w pierwotnym brzmieniu.” Tym samym skoro inkryminowane zachowanie oskarżonego miało miejsce w czasie, gdy norma art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie była jeszcze notyfikowana Komisji Europejskiej przez rząd RP, jej naruszenie nie może stanowić podstaw odpowiedzialności oskarżonego za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. Z tego też powodu zaskarżony wyrok musiał zostać zmieniony poprzez wyeliminowanie z opisu czynu oskarżonego naruszenia art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 10 § 4 k.k.s. wskazać należy, że z usprawiedliwioną nieświadomością karalności danego typu zachowania będziemy mieli do czynienia w szczególności wtedy, gdy jego sprawca bez swojej winy nie mógł zorientować się co do faktu jego karalności, a tym bardziej wtedy, gdy uzyskał oficjalną informację od przedstawicieli uprawnionych organów, że dany czyn jest zgodny z prawem i nie jest karalny. Przy ocenie, czy nieświadomość karalności czynu zabronionego była usprawiedliwiona, należy brać pod uwagę całokształt okoliczności związanych z danym zdarzeniem, a także osobą sprawcy. Kryteria usprawiedliwienia takiego błędu mają charakter obiektywno-subiektywny, wymagając odwołania się do standardu osobowego wzorowego obywatela oraz uwzględnienia kryterium subiektywnego - indywidualnej możliwości uniknięcia błędu. Tym niemniej istnienie w świadomości oskarżonego wątpliwości co do charakteru norm art. 6 i 14 u.g.h. i zdolności do skutecznego pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności za naruszenie tych przepisów, świadczy o tym, że oskarżony uświadamiał sobie niepewności co do rzeczywistości prawnej. Tymczasem błąd co do prawa to mylne przekonanie o istniejącej rzeczywistości. W takiej sytuacji oskarżony miał pełną wiedzę o rzeczywistości w tym zakresie, świadom bowiem był tego, że wykładnia tych przepisów może także prowadzić do uznania takiego zachowania za karalne na gruncie art. 107 § 1 k.k.s. Nie był więc przekonany o innej rzeczywistości prawnej, a tylko miał wątpliwości co do stanu prawnego, przy prawidłowej (niezakłóconej w świadomości) ocenie istnienia dwóch różnych stanowisk. Konstrukcja błędu nie mogła więc być w takiej sytuacji zastosowana. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2018 r. V KK 516/17)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 107 § 1 k.k.s. wskazać należy, że urządzaniem gier hazardowych są wszelkie działania sprawcy mające za ostateczny cel doprowadzenie do korzystania z gry losowej przez konsumenta. Fakt prowadzenia przez oskarżonego działalności gospodarczej, której przedmiotem było dostarczanie do lokali posiadanych przez firmę oskarżonego automatów do gier losowych i czerpanie z tego przedsięwzięcia korzyści finansowych, sprawia, że oskarżony prawidłowo został uznany za osobę zarządzającą gry hazardowe mimo braku osobistej styczności z osobami dysponującymi lokalem o nazwie Restauracja (...) mieszczącym się w Z. przy ul. (...), jak też mimo wykorzystania przy zawieraniu umowy dotyczącej eksploatacji automatów do gry w tym lokalu dokumentu opatrzonego nie odręcznie sporządzonym podpisem oskarżonego lecz przy użyciu tzw. facsimile. W

realiach niniejszej sprawy brak jakichkolwiek podstaw dla uznania, aby wstawienie do lokalu w Z. automatów do gry miało nastąpić wbrew woli oskarżonego i przy niezgodnych z ich przeznaczeniem wykorzystaniu dokumentów prowadzonej przez niego firmy. Osoby uczestniczące osobiście w ramienia firmy (...) w umieszczeniu automatów w lokalu w Z., jak też w przekazaniu dokumentów umowy, nie zostały co prawda ustalone, jednakże brak jakichkolwiek racjonalnych podstaw dla wątpliwości co do podjęcia przez nie stosownych działań na zlecenie oskarżonego kierującego działalnością firmy. Lakoniczne powołanie się oskarżonego w jego wyjaśnieniach na to, że niektóre osoby w firmie cechowała duża samodzielność a nawet samowola, niczego w istocie nie wyjaśnia i obliczone jest zdaniem Sądu okręgowego wyłącznie na przerzucenie odpowiedzialności na inne osoby. Wyjaśnienia oskarżonego nie dostarczają przecież żadnych informacji, które wskazywać mogłyby na powody, dla których pracownicy jego firmy mieliby wykorzystywać należące do firmy automaty do gier i dokumenty wbrew jego woli.

W sprawie brak jakichkolwiek wątpliwości, których usunięcie nie byłoby możliwe przy właściwym zastosowaniu narzędzi wskazanych w art. 7 k.p.k., tj. reguł rozumowania, zasad doświadczenia życiowego czy też wskazań wiedzy. Tym samym bezzasadny staje się zarzut naruszenia art. 5 § 2 k.p.k. Bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 4 k.p.k., skoro sąd merytoryczny ocenił okoliczności wskazywane przez oskarżonego. Skoro sąd ten uznał wyjaśnienia oskarżonego za niewiarygodne na gruncie art. 7 k.p.k. w żadnym razie nie można zarzucać mu braku obiektywizmu. Norma art. 4 k.p.k. nakazuje co prawda uwzględnić korzystne dla oskarżonego dowody i obliguje do poddania tych dowodów ocenie, lecz uwzględnienie korzystnych dla oskarżonego okoliczności może nastąpić dopiero wówczas, gdy okoliczności te znajdują swoje potwierdzenie w dowodach uznanych za wiarygodne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 k.p.k. związanego z błędną oceną wyjaśnień oskarżonego jako niewiarygodnych, odwołać należy się do wskazanych już wyżej kwestii związanych z brakiem jakichkolwiek informacji zawartych w tych wyjaśnieniach pozwalających uznać, że istniały racjonalne powody, dla których inne osoby wykorzystując należące do kierowanej przez oskarżonego firmy automaty do gry, jak też dokumenty tej firmy, podjęły się umieszczenia automatów w lokalu w Z. czyniąc to wbrew woli oskarżonego. Brak jakichkolwiek szczegółów w wyjaśnieniach oskarżonego, które dawałyby możliwość zweryfikowania jego twierdzeń, stąd depozycje oskarżonego uznać należy w zgodzie z zasadami doświadczenia życiowego za wybieg mający przerzucić odpowiedzialność za przypisany oskarżonemu czyn na inne osoby.

Całkowicie dowolną jest teza obrońcy jakoby uruchomienie automatów do gry na potrzeby badania przez biegłego przy pomocy zwarcia przewodów elektrycznych mogło doprowadzić do zmian w oprogramowaniu urządzeń. O ile bez uciekania się nawet do wiedzy fachowej można wyobrazić sobie uszkodzenie na skutek przepięcia nośników oprogramowania uniemożliwiające jego uruchomienie, o tyle pogląd, że wskutek tego przepięcia możliwa jest modyfikacja działania takiego oprogramowania, nie znajduje jakiegokolwiek wsparcia.

Bezskuteczna jest także próba zakwestionowania rzetelności wydanej w sprawie opinii biegłego R. R. oparta na tezie, że urządzenia tego samego typu, co zabezpieczone w sprawie niniejszej, działają w oparciu o zawarty w ich oprogramowaniu algorytm, który umożliwia ustalenie skończonej liczby możliwych i dających się przewidzieć wyników. Bez wątplenia większość gier losowych pozwala na ustalenie liczby możliwych wyników gry. Nawet przy założeniu, że kolejność występowania poszczególnych wyników jest zdeterminowana algorytmem liczba permutacji sprawia, że możliwość zapamiętania kolejności wystąpienia poszczególnych wyników przez poszczególnych graczy jest praktycznie żadna.

Mając na uwadze powyższe wywody poza dokonaną zmianą wyroku, w pozostałym zakresie zaskarżone orzeczenie utrzymano w mocy nie znajdując uchybień z art. 439 § 1 k.p.k. ani art. 440 k.p.k.

Wobec nieuwzględnienia apelacji wywiezionej wyłącznie przez obrońcę obciążono oskarżonego zgodnie z art. 636 § 1 k.p.k. kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze. Na koszty te złożyły się wydatki tego postępowania sprowadzające się do ryczałtu za doręczenie pism i wezwań w kwocie 20 złotych (§ 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie wysokości i sposobu obliczania wydatków Skarbu Państwa w postępowaniu karnym) oraz opłata za nieuwzględnioną apelację skierowaną przeciwko orzeczeniu o winie

wymierzona na podstawie art. 8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. 1983.49.223 j.t), w wysokości opłaty należnej za pierwszą instancję, a więc opłaty wymierzonej w przypadku skazania na karę grzywny w wysokości 10% kwoty grzywny.